Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VII.

Sollen Beweiserkenntniſſe, mit oder ohne Fähigkeit zur Rechtskraft, noch ferner ſtatt finden?

Von

Herrn Profeſſor Dr. Götz, ehemals zu Altdorf, jetzt in Nürnberg.

1.

Die Beweiserkenntniſſe beſtimmen, wie bekannt, zweierlei:
1) wem die Verbindlichkeit zur Beweisführung obliege?
2) was erwieſen werden ſolle?

Dieſe beiden Fragen, obwohl in der Theorie mit Recht getrennt, erhalten doch in der Praxis, ihrer natürlichen Verbindung gemäß, durch dasſelbe Erkenntniß ihre Entſcheidung.

Was nun die erſte Frage betrifft, ſo leidet es gewiß keinen Zweifel, daß, inſolange Beweisinterlocute für nöthig erachtet werden, wenigſtens in ſolchen Fällen, wo ſelbſt die Frage: wem der Beweis obliege? unter den Parteien ſtreitig iſt, mithin dieſer Streit durch das Beweiserkenntniß entſchieden wird, die Appellation gegen letzteres zugelaſſen werden müſſe; weil ſonſt eine ganze Reihe vergeblicher Handlungen veranlaſſet, und daferne im Subject des Beweiſes wirklich gefehlt iſt, nach geführtem Beweiſe dennoch ein Endurtheil nicht gefället werden könnte.

Wird aber dieſer Art von Beweiserkenntniſſen die Fähigkeit zur Rechtskraft eingeräumt oder gelaſſen; ſo würde

es kaum thunlich seyn, auch wenig nützen, wenn man der andern Art, da nämlich ohne vorgängigen Streit über das Subject, die Beweisauflage ergehet, mithin das Subject und Object des Beweises zugleich bestimmt wird, die Fähigkeit zur Rechtskraft entziehen wollte. Denn die beschwerte Partei würde wohl immer, und meistens nicht ohne Grund die Behauptung aufstellen: eben hiedurch, daß ihr ein Beweis auferlegt worden, wozu sie nicht verpflichtet, habe das Beweisinterlocut zugleich über die Frage: wer beweisen solle? entschieden, und folglich gehöre das Beweiserkenntniß zur ersten Classe, wogegen die Appellation zulässig sey.

Sonach würde durch eine Distinction der Beweiserkenntnisse, die Appellation gegen die letztere Art derselben nicht verhütet, vielmehr der Streit nur desto verwickelter und weitläufiger werden.

2.

Das Beweisthema kann vom Richter vorgeschrieben werden. Nach den Gesetzen steht jedoch den Parteien frei, der gerichtlichen Auflage zuvorkommend, die Beweisführung freiwillig zu übernehmen — Anticipation des Beweises [1]) — in welchem Falle sie den Beweissatz sich selbst bestimmen.

Hieraus hat sich die gemeine Lehre entwickelt, daß der Richter bei dem zu sprechenden Endurtheile, nur in Fällen des freiwillig angetretenen Beweises die gedoppelte Frage:

a) was, nach den obwaltenden Verhältnissen des Processes, zu erweisen war?

b) ob und in wie weit das zu Erweisende wirklich erwiesen worden ist?

zu erwägen habe; hingegen bei im Mittel liegender rechts-

1) Hierüber s. Mittermaiers Abhandlung in diesem Archiv B. 1. Nro 8. und 15.; imgleichen Ebendesselben zweiter Beitrag des gem. teutsch. bürgerl. Processes, in Vergleichung mit §. VIII., welcher mir, zu meinem großen Bedauern, zu spät zugekommen ist, als daß ich ihn bei gegenwärtigem Aufsatz hätte benutzen können.

kräftigen Beweisauflage, der Richter lediglich auf die Prüfung beschränkt seye: ob der gerichtlich festgesetzte Beweissatz vollkommen dargethan, oder in wie weit dieser Beweis geführt sey? immer — wie sich von selbst versteht — mit Rücksicht auf den dann beigebrachten Gegenbeweis.

Diese Lehre hat nun zwar keinen Anstand, wenn das Beweisthema durchaus rechtsbehörig und schlüssig bestimmt war. Ist hingegen, bei der gerichtlichen Bestimmung des Beweissatzes, ein wesentlicher Fehler untergelaufen; so entstehet die wichtige Frage: Ob der Richter gleichwohl an das rechtskräftig vorgeschriebene Beweisthema schlechthin — man mögte sagen: blindlings — sich halten müsse? Oder ob demselben über die Recht- und Zweckmäßigkeit des vorgeschriebenen Beweissatzes ein freies Urtheil zustehe? wobei folglich der Richter, nur im Falle der freiwilligen Beweisesantretung, vordersamst untersuchen müßte: was, nach der Natur und Lage des Streits, nach den hiebei einschlagenden Rechtsprincipien, zu erweisen war? und sodann lediglich nach diesem Maaßstab, unbekümmert um die rechtskräftige Beweisauflage, den geführten Beweis zu prüfen, und nach dem deßfallsigen Befund, den Streit zu entscheiden hätte.

3.

Wesentliche Mängel einer Beweisauflage sind:

a) wenn den zum Beweis ausgesetzten, erheblichen, das richtige Beweisthema völlig erschöpfenden Thatsachen, unerhebliche beigemischt — oder

b) wenn lauter unerhebliche Facta zum Beweis aufgestellt worden sind [2]);

c) wenn die Beweisauflage zwar lauter erhebliche Thatumstände enthält, wodurch aber das wahre Beweisthema entweder gleichwohl nicht erschöpft oder im Gegentheil überladen ist.

---

2) Unter diesem Mangel sind auch immer Fälle mitbegriffen, wenn Klage oder Einrede auf einem unschlüssigen factischen Grunde beruht, gleichwohl derselbe zum Beweise ausgesetzt worden ist.

Vom erſtern wäre ein Beiſpiel, wenn beim Streit über ein Baurecht, auf den Beweis nur des Beſitzes (der Quaſi-poſſeſſion) nicht aber zugleich des Widerſpruches einer und der Beruhigung hiebei anderer Seits erkannt wäre.

Das andere erläutern beſonders die Fälle, wo mehrere Einreden vorgeſchützt worden, deren jede allein den Streit entſcheidet, und deſſen ungeachtet, der Beweis über ſämmtliche dieſer Einrede zum Grunde liegende Thatſache, copulativ auferlegt wäre, welcher doch nur alternativ gefordert werden konnte.

Die Folge von dem Mangel

ad a) iſt, daß, bei vollſtändiger Beweisführung über die erheblichen, den Streit entſcheidenden Thatumſtände, der Beweis gleichwohl, wegen der rechtskräftigen Beweisauflage, für unvollſtändig erachtet werden müßte, inſofern nicht auch die eingemiſchten, unerheblichen Facta gehörig erwieſen wären;

ad b) daß bei vollſtändigem Beweiſe der unerheblichen Thatſachen, blos wegen des Beweiserkenntniſſes, für den Beweisführer zu ſprechen wäre, obwohl aus den erwieſenen Thatſachen ein ſchlüſſiger Grund für das Recht des Beweisführers nicht hervorgehet;

ad c) daß im erſten Falle, bei vollſtändiger Beweisführung über die zwar erheblichen, jedoch das wahre Beweisthema nicht erſchöpfenden Facta, der in der That nicht hinreichende Beweis, blos wegen der rechtskräftigen Beweisauflage, für hinreichend geachtet werden — und daß im andern Falle wider den Beweisführer erkannt werden müßte, wenn er nicht ſämmtliche zum Beweis ausgeſetzte Thatſachen, ſondern nur ein oder die andere derſelben, welche jedoch ſchon allein zur Entſcheidung des Streits hinreicht, gehörig erwieſen hat.

4.

In welche Verlegenheit ein gewiſſenhafter und zugleich denkender Richter, durch dergleichen fehlerhafte, jedoch in ſtarrer Rechtskraft vor ihm ſtehende Beweiserkenntniſſe verſetzt werden müſſe, fällt von ſelbſt in die Augen.

Soll er nach ſeiner Ueberzeugung und nach den Regeln der Logik erkennen? oder ſoll er ſtrenge an die rechtskräftige Beweisauflage ſich halten?

Aber im erſtern Falle müßte er contra rem judicatam ſprechen. Und im andern wäre er genöthigt, eine der §. 3. berührten Folgen zu veranlaſſen, welche mit einer vernünftigen Rechtspflege wohl nicht zu vereinigen ſind.

Oder gibt es ein Mittel zwiſchen dieſer Scylla und Charybdis ſicher hindurch zu ſteuern?

Beim Vorzug, welcher den poſitiven Geſetzen vor dem Vernunftrecht, in Hinſicht auf die Anwendung, zuſtehet, ſcheint der Richter die aus dem Begriffe der Rechtskraft fließende gemeine Lehre von Beſchränkung ſeiner Thätigkeit auf die bloße Prüfung des geführten Beweiſes, nach dem Maaßſtabe der rechtskräftigen Beweisauflage, als ausnahmsloſe Regel betrachten zu müſſen. Denn die Beweiserkenntniſſe ſind nach canoniſchen und teutſchen Rechten, der Rechtskraft fähig [3], und es wird hier der Fall vorausgeſetzt, daß die Parteien durch Nichtgebrauch der Appellation, das Beweiserkenntniß in die Kraft Rechtens übergehen ließe.

Letztere wäre unnütz, wenn Richter und Parteien ſich nicht darnach achten müßten. Warum ſollte die Rechtskraft gerade hier ohne Wirkung ſeyn? Warum ſollte ſie nicht auch hier das Schwarze in Weiß umwandeln? das Zweckwidrige zweckmäßig, das Irrelevante, relevant machen?

Durch die Rechtskraft der Beweisauflage erhalten überdies beide Theile ein bedingtes Recht; der Producent, daß *für* ihn erkannt werde, wenn er den auferlegten Beweis vollführet; der Product, daß *wider* den Beweisführer geſprochen

3) Gensler in dieſ. Archiv B. 1. Heft 3. S. 368. Camm. Gerichts-Ordn. von 1555. III. 15. §. 11. 16. Selbſt die baier. Verordn. vom 22. Jul. 1819. wodurch die Appellationsfreiheit, in Rückſicht mehrerer Zwiſchenurtheile aufgehoben worden, verſtattet dieſelbe gegen die Beweisinterlocute.

werde, falls derselbe den ihm auferlegten Beweis zu vollführen nicht vermogte [4]).

Zu einem Anerkenntniß der Beweisauflage durch Nichtappelliren, kommt noch die positive Anerkennung hinzu, indem die Parteien dem Beweiserkenntnisse Folge leisten, der eine Theil den Beweis in dem auferlegten Maaße zu führen sucht, der andere aber solches nicht nur geschehen lässet, sondern dabei thätig mitwirkt, z. B. durch Fragstücke, Urkunden-Recognition, Gegenbeweisführung. Beide Theile erkennen also, durch fortgesetzte Handlungen, den Grundsatz an, daß nur vom Gelingen oder Nichtgelingen des vorgeschriebenen Beweises die Entscheidung des Streits abhänge; innerhalb dessen Grenzen auch die Parteien bei der Beweis- und Gegen-Beweisführung sich halten müssen. Mit Beweismitteln, welche sich nicht auf das bestimmte Beweisthema beziehen, wird der Beweisführer nicht zugelassen. Beide Theile verzichten sonach beharrlich auf eine andere Bestimmung des Beweissatzes. Sollte ihnen nun eine solche unverlangt ertheilt, ja gewissermaaßen, wider ihren Willen, aufgedrungen werden können? Sollte nicht auch hier der Grundsatz zur Anwendung kommen, daß im Collisionsfalle das wirkliche Recht dem förmlichen weichen müsse? [5]). Ein Richter, welcher bei Fällung des End-

---

4) Weber, über die Verbindl. zu Beweisführ. II. Nro. 7. Muttermaiers angezog. II. Beitrag V. 7. S. 122. woselbst es heißt: das Beweisinterlocut trägt schon das Endurtheil in sich, und ist selbst bedingte Definitivsentenz, indem der Richter, welcher gewisse Thatsachen zu beweisen aufträgt, schon ausspricht, daß unter der Voraussetzung der Wahrheit dieser Thatsachen, die gemachten Ansprüche im gesetzlichen Sinne gegründet seyen, daß daher derjenige, welcher den Beweis der aufgelegten Thatsachen liefern konnte, den Sieg erhalten würde.

5) Gensler a. a. O. §. 22, 23. Auch das im reinen, rechtskräftigen Beweisinterlocut vorgezeichnete, ursprünglich impertinente oder irrelevante, specielle Beweisthem wird mit rechtskräftig, wird pertinent und relevant durch die Rechtskraft.

urtheils über die Norm des Beweiſes ſich hinwegſetzte, käme hiedurch mit ſich ſelbſt in Widerſpruch und ertheilte eine — contra rem judicatam anſtoßende, mithin keiner Rechtskraft fähige Sentenz [6]). Gewiſſermaaßen überträte er zugleich die Geſetze, wornach der Richter ſein eigenes Erkenntniß nicht abändern, auch daſſelbe nur am Tage der Eröffnung ſuppliciren darf [7]).

5.

Auch für das entgegengeſetzte Syſtem läßt ſich indeß einiges ſagen:

1) Die einer Beweisauflage zuſtehende Rechtskraft könne nur ihrem ausdrücklichen Inhalte, nicht aber dem, was hieraus gefolgert wird, beigelegt werden.

Bloße Folgerung wäre es z. B. wenn die Schlüſſigkeit der Klage oder einer Einrede um deßwillen angenommen würde, weil über den Grund jener oder dieſer auf Beweis erkannt worden. Denn iſt die Klage oder die Einrede nicht an ſich ſchlüſſig; ſo kann ſie dieſes auch durch die Beweisauflage nicht werden.

Man beruft ſich hiebei auf das Römiſche Recht [8]) und die Practiker laſſen es dem unglücklichen Richter, für derglei, chen Fälle, nicht an einer Urtheilsformel mangeln. So Hommel [9]) für den Fall des inepten Klaglibells und der unſchlüſ-

---

6) Die baier. Proceßord. Cap. 14. II. 2. Nro. 3. ſpricht allgemein: Alle contra rem judicatam laufende — — Erkenntniſſe mögen nimmermehr die Kraft Rechtens erlangen.

7) l. 14 et 62. Dig. de re. judicat. l. 42. eod.

8) l. 1. §. 2. Dig. quae sentent. sine appellat. rescind. l 2. Cod. quando provocare non est necesse.

9) Rhapsod. quaest. in foro obvenient. obs. 111.
Dem Verf. iſt ein Fall bekannt, wo ein Landgericht auf die Schuldklage wider einen Studirenden, dem Kläger über den Betrag ſeiner Forderung, den Erfüllungseid auferlegte, nach Leiſtung deſſelben aber erkannte, daß der Beklagte wegen des Creditedicts, von der Klage zu entbinden ſeye.

ſigen Beweisauflage: daß Kläger dasjenige, ſo ihm zu erweiſen auferlegt worden, und er ſich angemaßet, zur Nothdurft erwieſen habe. Es findet aber deſſen Suchen nicht ſtatt.

Bloße Folgerungen ſeyen es ferner, daß, nach gehörig vollführtem Beweiſe, für den Beweisführer — im entgegengeſetzten Falle aber wider ihn erkannt werden — überhaupt die rechtskräftige Beweisauflage abſolute Norm der Beweisprüfung und des Endurtheiles ſeyn müſſe.

2) Sey zu erwägen, daß die Beweisauflage nur ein Mittel iſt, zum Zweck des Proceſſes, nemlich zur Förmlichmachung des wirklichen Rechts, hingegen eben dieſer Zweck ſelbſt durch das Endurtheil realiſirt werden ſoll; wozu die unrichtige Beweisauflage unmöglich führen könne. Sollte der Richter die, in Beſtimmung des Beweisſatzes, begangenen weſentlichen Fehler durch das Definitiverkenntniß nicht verbeſſern dürfen? Sollte es ſeine Pflicht ſeyn, ein Urtheil auszuſprechen, von deſſen logiſcher Unrichtigkeit er überzeugt iſt? Sollte der Richter z. B. nach völlig erſchöpftem wahren Beweisthema, gleichwohl noch auf den Erfüllungseid erkennen oder den Beweisführer ſchlechthin abweiſen, weil derſelbe nicht auch die — mit — auferlegten überflüſſigen oder unerheblichen Beweisſätze gehörig dargethan hat?

Die geſunde Vernunft verſtattet, ja gebietet gewiß, daß der Richter im Geiſte des Römiſchen Rechts [10]), den frühern Fehler, und wäre er von ihm ſelbſt begangen, durchs Endurtheil verbeſſere. Aber wie verhält es ſich mit dem poſitiven Rechte?

6.

Inſoferne man jede logiſch-fehlerhafte Beweisauflage als unheilbar nichtig betrachten könnte, fiele aller aus dem Begriffe der Rechtskraft fließende Zweifel, mithin der Widerſtreit des Vernunft- und poſitiven Rechts hinweg.

---

10) l. 36. Cod. de appellat.

Aeltere Rechtslehrer haben dieſe unheilbare Nichtigkeit angenommen, jedoch ohne über den Grund der Nichtigkeit ſich beſtimmt zu erklären.

Wernher [11]), Leyſer [12]) und Pufendorf [13]) ſprechen zwar nur von Fällen eines rechtskräftig erkannten überflüſſigen Eydes, welchem freilich ſelbſt religiöſe Gründe entgegenſtehen. Indeß ſtellt doch Pufendorf die allgemeine Regel auf, daß ein ganz überflüſſiger oder unerheblicher Beweis, beſonders ein überflüſſiger Eyd, ungeachtet der (formell) eingetretenen Rechtskraft, zu verwerfen ſey. Auch war hierin Mevius [14]) ſein Vorgänger, nur daß dieſer die Befugniß, das perperam ad probandum admissum zu verwerfen, bloß dem Appellationsrichter, und zwar aus einem für den Unterrichter nichts erweiſenden Grund einräumt, nemlich bloß deßhalb, weil die Streitſache, durch die Appellation in den Zuſtand zurückverſetzt wird, in welchem ſie zur Zeit der Litiscontestation ſich befand.

Hingegen nach §. 121, 22 des jüngſten Reichsabſchieds, ſcheinen mangelhafte Beweiserkenntniſſe nicht für unheilbar nichtig zu achten, weil, nach ihm, die im Inhalt des Erkenntniſſes liegenden Nullitäten nicht als unheilbar angenommen ſind.

Sollte nun auch dieſe Verordnung nicht bloß auf Endurtheile ſich beziehen; ſo ſcheint doch eine Stelle des §. 122 die unheilbare Nichtigkeit weſentlich mangelhafter Beweisaufla-

---

11) in observat. forens. p. 1. obs. 69.

12) in meditat. ad pand. Spec. 137. m. 3. Spec. 470. m. 8.

13) in observat. jur. univ. Tom. II. obs. 109. Vergl. Canngieſser. Decis. Hasso-Cassell. Tom. II. p. 374. 376. 398. 442.

14) in decis. p. IV. decis. 51. In der angezogenen Gensler'ſchen Abhandlung §. 22. ff. werden zwar auch einige Beweisinterlocute als unheilbar nichtig betrachtet, aber nicht wegen ihrer Impertinenz oder Irrelevanz, ſondern aus andern hinzukommenden Gründen.

gen zu begründen; indem nemlich daſelbſt alle auf substantia processus ſich beziehenden Mängel — freilich ohne den Begriff der weſentlichen Proceßerforderniſſe zu beſtimmen — unter die nullitates insanabiles gezählt werden.

Da es nun unſtreitig zum Weſen des Proceſſes gehört, daß das Beweisthema rechtlich-ſchlüſſig beſtimmt werde, welches ohnehin natürliche Vorausſetzung derjenigen Geſetze iſt, die dem Beweisinterlocute die Rechtskraft einräumen [15]), da es beinahe zu demſelben nachtheiligen Reſultate führt, es mag nun eine Partei mit ihrem Beweiſe gar nicht zugelaſſen oder, mittelſt einer weſentlich-mangelhaften Beweisauflage, durch den Richter ſelbſt, auf Irrwege geleitet worden ſeyn und da die Rechtskraft, ſelbſt Endurtheilen, verſagt wird, wenn ſie gegen die Evidenz anſtoßen, z. B. contra calculum oder gegen den Befund eines gerichtlichen Augenſcheins [16]); ſo dürfte es, nach gemeinem Rechte, keinen großen Anſtand haben, dergleichen Beweiserkenntniſſe, als hier in Frage ſtehen, für unheilbar-nichtige zu erachten [17]).

Eigene Schwierigkeiten entſtehen jedoch nach manchen Particulargeſetzen, in welchen der Begriff der unheilbaren Nichtigkeit enger begrenzt und, wie z. B. in der baier. Proceßord-

---

15) Eben dieſes ſetzen die Rechtslehrer voraus. S. z. B. Grolmans Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 186.

16) oder, wie Leyſer (medit. spec. 470. n. 6.) ganz allgemein behauptet: contra rectam rationem.

17) Dieſe Meinung wäre noch mehr unterſtützt, wenn man den jüngſten Reichsabſchl. §. 122. aus dem Beſchluſſe des Fürſtenraths vom 18—28 April 1654, wornach alle wider das jus naturale laufenden Nullitäten, unheilbar ſind, interpretiren dürfte, welcher Beſchluß ohnehin, nur aus Verſehen der Reichscanzlei, bei Ausfertigung des Reichsſchluſſes, unberückſichtigt geblieben zu ſeyn ſcheint. S. von Almendingen Metaphyſ. des Civilproc. S. 299.

nung [18]), blos auf den Mangel der Jurisdiction oder der Citation beſchränkt iſt.

7.

Nach einer neuern Theorie über die proceſſualiſchen Nichtigkeiten [19]) würden zwar auch die baier. Proc. Ordn. und ähnliche, den Begriff der unheilbaren Nullität beſchränkende Poſitivgeſetze kein Hinderniß begründen, warum weſentlich-mangelhafte Beweisauflagen nicht als unheilbar-nichtige Erkenntniſſe betrachtet werden könnten und ſollten.

Denn hiernach ſoll der Begriff der juriſtiſchen Nichtigkeit überhaupt, und der proceſſualiſchen insbeſondre, durch poſitive Geſetze gar nicht beſtimmt werden können, weil dieſer Begriff ein Abſtractum aus der Natur der Sache, ein Gegenſtand wiſſenſchaftlicher Forſchungen iſt, auch zu tief in der Metaphyſik des Rechts liegt, um in einer Geſetzgebung, welche Sachbeſtimmungen für das bürgerliche Leben enthalten ſoll, dargeſtellt zu werden.

Der Unterſchied zwiſchen natürlichen und poſitiven Nullitäten wird hiernächſt darein geſetzt, daß erſtre aus der Anwendung eines nothwendigen Denkgeſetzes — des Cauſalitätsgeſetzes — auf die Verhältniſſe des bürgerlichen Lebens hervorgehen; die letzteren aber erſt durch das Civilgeſetz begründet werden. Die erſtern gehen aus einem Geſetz der Vernunft; die letztern aus einem Geſetz der Willkühr hervor [20]). Jene ſetzen eine natürlich-nichtige, dieſe eine natürlich-gültige Handlung voraus.

Eine Handlung, deren Inhalt mit ihrer Zweckbeſtimmung

---

18) Cap. 16. §. 2. Zwar findet ſich in cap. 14. §. 11. nro. 3. noch eine dritte Art der unheilbaren Nichtigkeiten, wenn nemlich ein Erkenntniß contra rem judicat. anſtößt; wodurch aber die Schwierigkeit mehr vergrößert als vermindert wird.

19) von Almendingen a. a. O. S. 253. ff.

20) Wie aber, wenn Gebote der Vernunft in das Civilgeſetz aufgenommen werden?

in keinem möglichen Causal-Zusammenhange steht, ist in Rücksicht ihrer Zweckbestimmung nichtig. Das positive Gesetz kann die Ungültigkeit dieses Ausspruchs der Vernunft nicht verordnen. — In Hinsicht auf den Proceß können daher die Substantialien desselben, ohne unheilbare Nichtigkeit, nicht fehlen. Und es ist nicht genug, daß die wesentlichen Handlungen des Processes selbst vorgegangen sind. Jeder einzelnen dieser Handlungen darf es ebenfalls nicht an ihren wesentlichen Eigenschaften mangeln. So weit Herr von Almendingen.

Obwohl nun derselbe von dem Falle eines wesentlichen Mangels im Beweiserkenntnisse nicht besonders handelt; so leidet es dennoch keinen Zweifel, daß, nach seiner Theorie überhaupt und nach dem zuletzt angeführten Grundsatz insbesondere, eine Beweisauflage, welcher es an der wesentlichen Eigenschaft einer richtigen und schlüssigen Bestimmung des Beweissatzes fehlte, mit einer natürlichen, sonach unheilbaren Nichtigkeit behaftet — folglich der Richter, was auch die positiven Gesetze sprechen mögen, nicht gehindert sey, ohne Rücksicht auf die fehlerhafte Beweisauflage, das Endurtheil nach dem wahren Verhältniß und nach seiner Ueberzeugung zu fällen.

8.

So scharfsinnig nun auch diese Theorie ist; so scheinet dadurch gleichwohl dem Uebel, welches den Hauptgegenstand dieser Abhandlung ausmacht, nicht abgeholfen zu seyn.

Denn nach meiner Ueberzeugung ist es unerweislich, daß es der positiven Gesetzgebung gar nicht zustehen sollte, über die natürlichen Nichtigkeiten im Processe, verbindliche Bestimmungen zu ertheilen.

Da es nun in den positiven Gesetzen an ausdrücklichen Bestimmungen über die unheilbaren Nullitäten nicht mangelt, auch eben hieraus sich ergibt, daß der Gesetzgeber keine andern Nichtigkeiten für unheilbar anerkannt wissen wollte, als die er selbst dafür erklärt hat; so wird der Richter, bei seiner Verpflichtung auf die positiven Gesetze, und bei dem nur zur Aus-

hülfe ihm verstatteten Gebrauch des Vernunftrechts, sich immer an die positiven Vorschriften gebunden erachten. Es bezeugt auch die Praxis allenthalben, daß die Gerichte sich keineswegs für ermächtigt halten, ein mangelhaftes, jedoch von der Rechtskraft nicht abgehaltenes, vielmehr von den Parteien anerkanntes und befolgtes Beweiserkenntniß als unheilbar-nichtig anzusehen. Und gewiß hätte ein nach der entgegengesetzten Ansicht erkennendes Gericht — nur den Fall eines zum Beweis ausgestellten unschlüssigen Klaggrunds ausgenommen — nichts anders zu gewarten, als daß sein Endurtheil, als contra rem judicatam anstoßend, vom Oberrichter aufgehoben werden würde.

Ohnehin ist es von der höchsten Wichtigkeit, daß über den gesetzlichen Begriff der unheilbaren Nichtigkeit mit Strenge gehalten werde, weil sonst das mit schweren Kosten, nach viel und langer Jahre Müh', endlich erstrittene Recht aus dem Grund einer solchen, bis jetzt unbekannten, unheilbaren Nullität, nach mehrern Jahren aufs neue in Streit gezogen — mithin die Processe, über deren lange Dauer schon dermal die bittersten Klagen gehört werden, einer beinahe völligen Endlosigkeit hingegeben und dadurch die Unsicherheit des Eigenthums — eines der größten Uebel in und außer der bürgerlichen Gesellschaft — noch mehr vergrößert werden würde.

9.

Fragt es sich nun: wie den oben §. 3. 4. berührten, nach dem gemeinen Recht und, nach der wenigstens in vielen teutschen Ländern bestehenden Gesetzgebung, eintretenden Schwierigkeiten zu entgehen seyn mögte? so bieten sich hiezu drei verschiedene Wege dar.

1) Daß zwar ein Beweiserkenntniß ertheilt, jedoch demselben die Fähigkeit zur Rechtskraft nicht eingeräumt, auch selbst der Parteien Befolgung der Beweisauflage nicht als unwiderrufliche Anerkennung des vorgeschriebenen Beweisthema angesehen — oder

2) daß zwar dem Beweiserkenntnisse die Fähigkeit zur

Rechtskraft verbleibe, jedoch bei wesentlichen Mängeln des Beweiserkenntnisses, eine unheilbare Nichtigkeit desselben gesetzlich angenommen — oder

3) daß, statt eines Beweiserkenntnisses, den Parteien bloß ein peremtorischer Termin zur Antretung ihres Beweises angesetzt, somit ihnen, wie bei der Beweisanticipation, die eigene Bestimmung des Beweisthema ganz freigelassen werde.

10.

Zur Rechtfertigung des ersten Wegs läßt sich folgendes anführen:

a) Das Beweiserkenntniß ist, seiner Natur nach, ein proceßleitendes Decret, welches in der Regel ergehet, ohne daß die Parteien über die Fragen: wer zum Beweis verpflichtet? und was zu erweisen? besonders verhandelt haben. In ältern Zeiten wurden diese Interlocute nur im Allgemeinen abgefaßt, was in Sachsen wohl heut zu Tage noch vorkommt; z. B. daß Kläger den Grund der Klage und so viel ihm daran abgeleugnet worden, zu erweisen schuldig.

Selbst die in neuerer Zeit üblich gewordene bestimmtere Vorschrift des Beweissatzes geschahe anfangs wohl nur, damit die Parteien, bei eigener Bestimmung des Beweisthema, nicht einen Mißgriff begehen mögten, also in leitender Absicht. Nur in soferne angenommen wird, daß der Richter den geführten Beweis lediglich nach Inhalt der Beweisauflage, zu prüfen habe, gewinnt Letzterer einen wichtigen Einfluß in die Entscheidung des Streits und macht sich zu einem der Rechtskraft fähigen Zwischenurtheile. Diese Annahme scheint aber mit der Beweisauflage nicht im schlechthin nothwendigen Zusammenhange zu stehen.

b) Das Beweiserkenntniß ist vom Endurtheile wesentlich verschieden.

Durch Letzteres werden streitige Rechte unmittelbar festgesetzt. Des Streitens muß einmal ein Ende seyn. Das förmliche Recht muß daher, nach eingetretener Rechtskraft,

als wirkliches gelten. Nur Unterſuchungen dagegen können, wenigſtens in der Regel und durch die ordentlichen Rechtsmittel nicht weiter ſtatt finden. Dies kann der Geſetzgeber als das geringere Uebel und als Nothrecht, wollen.

Ganz anders verhält es ſich mit der Beweisauflage. Dieſe iſt nur ein Mittel zum Zweck der Feſtſetzung ſtreitiger Rechte. Sie enthält, inſofern ſie das Beweisthema beſtimmt, nur einen logiſchen Ausſpruch; ſie iſt folglich nach den Regeln des Denkens und Schließens zu beurtheilen. Alle richterliche Gewalt kann nicht bewirken, daß eine unrichtig gezogene Folgerung richtig werde oder für richtig gelte.

Der Kaiſer befiehlt vergeblich, daß die Declination des Schisma geändert werde, oder zweimal zwei fünf mache. Der Geſetzgeber kann nicht wollen, daß man einen unrichtigen Schluß für richtig erkenne; daß der Richter, gegen die Geſetze des Denkens und Schließens, wiſſentlich anſtoße. Rechtskraft kann hierüber nicht ſtatt finden.

Eben ſo wenig kann eigene Anerkennung der Parteien hiegegen wirkſam ſeyn.

Zwar können dieſe ihr Recht von zufälligen Verhältniſſen abhängig machen. Aber dieſes wollen ſie im Fall einer irrelevanten Beweisauflage nicht. Beruhigen ſie ſich bei derſelben; ſo geſchiehet dieſes theils aus Irrthum — indem ſie die Irrelevanz nicht einſehen — theils im Vertrauen auf den Richter, von welchem ſie vorausſetzen, daß er das gehörige Mittel zum Zweck werde gewählt haben.

c) Vielleicht aus dieſen Gründen oder doch zur Abkürzung der Proceſſe [21]), iſt in manchen neuern Proceßordnungen z. B. der Großherzogl. Badiſchen und in dem Königl. Würtenbergiſchen Edict von 1818 die Appellation gegen Beweisinterlocute für unzuläſſig — dann in der Großherzogl. Heſſi-

21) ne lites in infinitum extendantur. l. 16. Cod de judiciis.

ſchen neuen Civilproceß-Geſetzgebung für unnöthig erklärt worden [22]).

Die neueſte Baieriſche Verordnung [23]) läßt zwar die Appellation gegen Beweisinterlocute zu, ohne Unterſchied, ob die Appellation bloß auf den Beweisſatz, oder zugleich auf die Beweislaſt ſich beziehet. Da jedoch im Gönnerſchen Commentar (S. 308.) geſagt wird, die Appellation ſeye dermal noch zugelaſſen; ſo läßt ſich hieraus ſchließen, daß dieſe Appellation in der bevorſtehenden verbeſſerten Proceßordnung abgeſchafft werden dürfte.

Allen dieſen Gründen tritt nun aber die Bedenklichkeit entgegen, daß in jenen Fällen, wo die Beweisauflage entweder durchaus irrelevant oder nicht erſchöpfend wäre, die Nothwendigkeit eines Erkenntniſſes auf beſſern Beweis entſtände; wodurch einestheils der vorzüglich bezielte Zweck der Proceß-Abkürzung wieder vereitelt — und womit anderentheils ein Geſetz: daß auf Beibringung eines beſſeren Beweiſes niemals erkannt werden ſolle [24]), nicht zu vereinigen ſeyn würde.

11.

Zweiter Weg.

Sollten die Beweiserkenntniſſe mit der Fähigkeit zur Rechtskraft beibehalten werden; ſo würde

1) der große Nachtheil der Proceßverzögerung fortdauern, indem nach der Erfahrung nicht nur mangelhafte Beweisauflagen oft zur Appellation nöthigen, ſondern auch, viele Parteien, um nur die Entſcheidung des Streits möglichſt zu entfernen, ſelbſt gegen vollkommen richtige Beweiserkenntniſſe der Appellation und der Reviſion ſich bedienen.

2) Würde in nicht ganz ſeltenen Fällen die oben § 3. 4.

---

22) S. von Gönner Commentar über das K. baier. Geſetz vom 22. Jul. 1819. §. 16. S. 219 Not. *).

23) §. 19. Nro. 5. und §. 22.

24) Eine dergleichen Verordn. enthält das nur angezogene baier. Geſetz §. 17.

erwähnte Verlegenheit des Richters fortdauern, welcher die rechtskräftige, obwohl wesentlich-mangelhafte Beweisauflage bei Fällung des Endurtheiles, als unabweichliche Norm betrachten, mithin öffentlich gegen Recht und Logik sprechen soll, oder erwarten muß, daß sein Erkenntniß als unheilbar-nichtig angefochten und verworfen wird.

Dieser Verlegenheit könnte nun zwar durch ein Gesetz abgeholfen werden, wodurch wesentlich-mangelhafte Beweiserkenntnisse für unheilbar-nichtig erklärt wurden. Dieses Gesetz müßte jedoch diese wesentlichen Mängel genau bestimmen, damit nicht selbst darüber Streit entstehen könne, ob die Beweisauflage an einem wesentlichen Mangel leide oder nicht.

Hingegen dem zuerst erwähnten Nachtheile des Prozeß-Aufenthalts vorzubeugen, giebt es wohl kein Mittel.

12.

Den dritten Weg empfehlen

1) die negativen Vorzüge der bedeutenden Prozeßabkürzung, welche ein unverkennbares dringendes Bedürfniß unserer Zeit ist, der den Gerichten ersparten Verlegenheit, wenn über einen, nach mangelhafter Beweisauflage geführten Beweis, das Endurtheil gesprochen werden soll; und daß es nicht neuer Gesetze zur Bestimmung der wesentlichen Mängel des Beweiserkenntnisses bedarf.

2) Dieser Weg stimmt nicht nur mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz überein, wornach jedem volljährigen Bürger seine Geschäftsbesorgung, nebst der Art und Weise derselben, überlassen wird, sondern sie ist auch der sogenannten Verhandlungsmaxime, welche dem teutschen Prozesse zum Grund liegt, wornach der Partei die Wahl der Klage, der Einreden und der Beweismittel freisteht, ingleichen dem System des gemeinen Prozesses und mancher Particular-Verordnungen, wodurch die Anticipation des Beweises begünstigt oder sogar geboten wird, vollkommen angemessen. Wird den Parteien, bei dieser Anticipation, die eigene Bestimmung des

Beweisthema überlaſſen; warum nicht auch in allen übrigen Fällen?

Bei dieſer eigenen Beſtimmung können nun freilich Mißgriffe unterlaufen. Aber ſie werden ſelten ſeyn,

a) wenn der Richter auf vollſtändige beſtimmte Litiscontestation, dann nicht minder auf beſtimmte Erklärung des Klägers über die zur Begründung der Einreden aufgeſtellten Thatſachen, ſtrenge hält. Denn hieraus muß klar hervorgehen, welche Umſtände geläugnet, mithin des Beweiſes bedürftig ſind.

b) Weil die Parteien und ihre Anwälde, zumal in Ländern wo beſſerer Beweis unzuläſſig iſt, aus Vorſicht, in Beibringung ihrer Beweismittel, lieber zu viel als zu wenig thun werden.

Wollte aber eine Partei ihre Beweisführung auf offenbar unerhebliche Thatſachen erſtrecken; ſo wäre es unſtreitige Befugniß und Pflicht des Richters, eine ſolche irrelevante Beweisführung nicht zuzulaſſen, und gegen ſein diesfallſiges Decret fände keine Appellation ſtatt.

Sollte aber

c) das Beweisthema weſentlich verfehlt ſeyn; ſo müßte beim Endurtheil, in Ländern, wo der beſſere Beweis zuläſſig, hierauf erkannt werden; wo aber die Proceßordnung ſolches nicht verſtattet, mögen die Parteien die Folgen ihrer Verſchuldung tragen, welches doch immer ein geringeres Uebel iſt, als wenn ihnen die Folgen des vom Richter begangenen Fehlers aufgebürdet werden.

Uebrigens ſetze ich

d) noch voraus, daß die Partei mit einem rechtsgelehrten Advokaten verſehen iſt, oder es doch ſeyn kann; und daß nur ſolche Subjecte zur Advocatur zugelaſſen werden, welche nicht bloß in Rückſicht gründlicher Rechtskenntniſſe und der Geſchäftstüchtigkeit, ſondern auch in Anſehung ihres Gemütscharacters, dieſes wichtigen Amts würdig ſind. Strenge Auswahl ſcheint hier um ſo nöthiger, da der Advocat gleich

Anfangs ſich ſelbſt überlaſſen iſt, dahingegen die zum Richteramt gelangenden Individuen, beſonders bei ihren erſten Stellen, unter Aufſicht oder Controle arbeiten.

Dieſemnach ſcheint mir der dritte Weg den Vorzug zu verdienen *); worüber indeß die Entſcheidung tieferer Einſicht überlaſſen wird.

---

*) So ſehr ich bedaure, daß mir die oben ſchon angezogene Mittermaierſche Schrift, welche S. 129 ff. die Beweiserkenntniſſe und ihre Rechtskraft in Schutz nimmt, zu ſpät bekannt geworden; ſo ergiebt ſich doch hieraus der Vortheil, daß nun die von beiden Seiten ganz unabhängig vorgetragenen Gründe für und wider die Beibehaltung der Beweiserkenntniſſe, um ſo leichter verglichen und geprüft werden können.

Von vorzüglicher Wichtigkeit iſt wohl (S. 32) folgender Grund:

Die Fällung eines Beweisinterlocuts entſpricht ſelbſt den gerechten Forderungen der Parteien an das Gericht; mit Recht verlangen die Bürger, wenn ſie ihre Anſprüche dem Richter vortragen, daß er ihnen die Bedingungen nenne, unten welchen ſie den Sieg erhalten können; die Pflicht des Richters iſt es, die Thatſachen mit den Geſetzen zu vergleichen und zu beſtimmen, welche Thatſachen zur Exiſtenz des Rechts gehören, welches in Anſpruch genommen wird ꝛc.

Wenn wirklich jenes Recht und dieſe Pflicht, ſowohl an ſich, als in Beziehung auf die im teutſchen Civilproceſſe herrſchende Verhandlungsmaxime, entweder aus dem Weſen des Richteramts, oder ſonſt gehörig nachgewieſen werden könnte; ſo erſchiene die Abſchaffung der Beweiserkenntniſſe ſchlechthin unzuläſſig; es müßte der hierdurch zu bewirken gehofften, obwol äußerſt wünſchenswürdigen Proceßabkürzung entſagt werden; und es bliebe dem Geſetzgeber nur übrig, weſentlich-mangelhaften Beweisauflagen möglichſt vorzubeugen, und wenn dergleichen entſtanden, die Verbeſſerung der hieraus fließenden Inconvenienzen, im Endurtheile, den Gerichten rechtlich-möglich zu machen.